

**Note sous Conseil d'État, 1^{er} juin 2011, numéro
345649, Commune de Saint-Benoit**

Marianna Tassone-Lagrange

► **To cite this version:**

Marianna Tassone-Lagrange. Note sous Conseil d'État, 1^{er} juin 2011, numéro 345649, Commune de Saint-Benoit. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2011, pp.198-200. hal-02623073

HAL Id: hal-02623073

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02623073>

Submitted on 26 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

10.3 - Contrats et Commande publique

Marchés publics, référé précontractuel, procédure formalisée, définition des besoins, durée du marché, précisions utiles (non), détermination par les candidats (oui), négociation (non), application SMIRGEOMES (oui)

Conseil d'État, 1^{er} juin 2011, *Commune de Saint Benoit (La Réunion)*, req. n° 345649.

Marianna LAGRANGE-TASSONE, Doctorante à l'Université de La Réunion

Saisi par la société Ginger Environnement et Infrastructure (GEI) d'un référé précontractuel sur le fondement de l'article 551-1 du code de justice administrative, le tribunal administratif de Saint-Denis a annulé la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réalisation d'études préliminaires avec missions complémentaires pour la construction d'un pont de franchissement de la rivière des Marsouins, lancé par la commune de Saint-Benoît. Celle-ci se pourvoit donc en cassation devant le Conseil d'État aux fins d'annulation de l'ordonnance du Tribunal administratif en date du 21 décembre 2010.

Le Conseil d'État rejette la requête de la commune en deux temps, d'une part, au motif que la commune a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence par

3P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens – Domaine, travaux, expropriation*, 8^{ème} éd., 2007, Paris, p. 438.

4Articles L12-5 alinéa 2 et R12-5-4 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

5Civ. 3^e, 16 décembre 2009, *Consorts Taffoureau c/Syndicat intercommunal pour l'aménagement hydraulique des vallées du Croult et du Petit Rosne*, req. n°08-14.932 ; S. BRONDEL, *AJDA*, 2009, p.2429.

6R. HOSTIOU, « Annulation de la DUP et défaut de base légale de l'ordonnance : indemnisation du préjudice et compétence du juge de l'expropriation », *RDI*, 2010, p. 199.

l'imprécision de la durée d'engagement du marché et d'autre part, concernant l'office du juge des référés.

En droit administratif¹, comme en droit civil, la durée est un élément essentiel du contrat. Elle est en principe déterminée², tout comme les délais dans lesquels le cocontractant est tenu d'exécuter ses obligations³. Concernant précisément les marchés publics, la définition précise de la durée d'un marché intervient à deux niveaux.

D'une part, elle permet le principe de libre accès à la commande publique à travers la nécessaire remise en concurrence périodique. En effet, aux termes de l'article 16 du code des marchés publics « la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ». Cette disposition concerne certes des marchés ayant vocation à avoir une exécution qui peut se prolonger, tels que des marchés à bons de commande, mais elle rappelle toutefois la nécessité de définir cette durée d'exécution et de la définir en lien avec l'objet du marché. En l'espèce, s'agissant d'un marché de prestation de service relatif à la réalisation d'études préalables pour la construction d'un pont de franchissement, ce n'est pas ce manquement qui a été relevé par les juges.

D'autre part, la définition précise de la durée d'un marché contribue à l'efficacité de la commande publique en permettant aux candidats de répondre utilement aux besoins de l'acheteur public par une offre adaptée. L'article 5 du code des marchés publics dispose de manière générale que : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant tout appel à la concurrence (...) ». En effet, les opérateurs économiques, candidats potentiels, formulent leurs offres en fonction des informations transmises par le pouvoir adjudicateur. Celui-ci se doit donc d'être le plus précis possible. Prenant en considération les particularités de chaque marché, le juge a ainsi admis pour une délégation de service public qu'une fourchette de 20 à 25 ans soit proposée par le pouvoir adjudicateur¹. Mais il a également précisé que cette imprécision ne doit pas être telle qu'elle emporterait une incertitude mettant les candidats dans l'impossibilité de répondre utilement aux besoins du pouvoir adjudicateur. En l'espèce, la commune attendait précisément que les candidats émettent une proposition concernant la date d'achèvement des prestations, sans encadrer cette modalité. En laissant aux candidats une totale liberté d'analyse de la durée, elle les a mis dans l'impossibilité de faire une proposition pertinente et adaptée à ses besoins. Ainsi, le Conseil d'État juge que le tribunal administratif a à juste titre considéré que « la commune avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en laissant la durée d'engagement à la totale appréciation des candidats ».

On pourra donc conseiller aux pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent laisser une marge de manœuvre et d'adaptation à leurs futurs cocontractants, d'encadrer cette possibilité conformément aux termes même du juge « en fixant par exemple une date butoir ou une fourchette de dates possibles pour l'échéance du marché ». L'on ne peut également que recommander aux entreprises candidates d'explicitier au mieux les modalités selon lesquelles elles envisagent d'exécuter le marché auquel elles soumissionnent.

¹ CE, 3 mai 1961, *Sté Entr. Thomas Kotland et OPHLM Département de la Seine*, Rec. CE 1961, p. 290.

² CE, 28 mai 2003, *AP-HP*, req. n°248429, *BJCP* 2003, p. 388 ; TA Caen, 2 mai 2006, *Sté hôtels et casino Deauville*, req. n° 0500398, *BJCP* 2006, p. 286 ; CAA Marseille, 26 mars 2007, *Commune de Briançon*, n° 04MA00412, *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 193, G. ECKERT.

³ R. NOGUELLOU, *La fin du contrat*, in Mélanges M. GUIBAL, *Contrats publics*, PU Montpellier, 2005, Tome 1, p. 341.

¹ CE, 4 février 2009, *Communauté urbaine d'Arras*, req. n°312411.

En outre, il peut apparaître pour le moins paradoxal que tout en conférant une telle liberté aux candidats, la commune ait écartée l'offre de la GEI sur le critère de la valeur technique, en raison d'un manque de cohérence tenant à la présentation des délais d'exécution de l'entreprise requérante jugés anormalement courts par la commune. Le juge aurait-il admis, à cet égard, qu'une demande de précision, sur le fondement de l'article 59 du code des marchés publics² soit effectuée par la commune afin d'obtenir des éclaircissements sur cette durée proposée, à l'image de la procédure prévue avant de rejeter une offre anormalement basse³ qui permet à une entreprise candidate de justifier un prix prédateur. Évidemment, dans le cadre d'une procédure formalisée la négociation étant interdite, il aurait convenu que cette procédure soit encadrée par des garanties formelles en vue de respecter l'égalité entre les candidats et la transparence de la procédure.

En l'espèce, le rejet de l'offre de la GEI fondé formellement sur l'appréciation de la qualité de son offre n'empêche pas que celui-ci soit le fait de l'imprécision des documents de la consultation et donc soit la conséquence du manquement par la commune à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Enfin, le Conseil d'État revient préciser une nouvelle fois les modalités de l'arrêt SMIRGEOMES⁴ en rappelant que le juge des référés doit rechercher si « l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fut-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». En revanche, il précise ici, qu'il ne doit pas rechercher si le requérant a été « davantage lésé » que ses concurrents !

² Article 59 du code des marchés publics : « Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre ».

³ Article 55 du code des marchés publics : « Si une offre apparaît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les justifications qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies ».

⁴ CE, Sect., 3 octobre 2008, *Synd. mixte intercommunal réalisation et gestion pour élimination ordures ménagères Secteur Est Sarthe*, req. n° 305420, *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 264, note J.-P. PIETRI.